

法官自由裁量权的伦理困境与伦理自主

胡彬彬, 彭建军^①

(南华大学 政治与公共管理学院, 湖南 衡阳 421001)

[摘要] 法官的自由裁量权是一种司法权力,但在实质上却是一种伦理裁判权。在特定的政治体制和法律体制下,法官会面临着诸如事实认知、规范选择、组织人的伦理自主丧失等种种伦理困境。应当将法官的伦理自主确立为法官自由裁量权走出伦理困境的基本策略,并设计法官自由裁量权的科学合理的制度伦理机制。

[关键词] 法官自由裁量权; 伦理困境; 伦理自主; 策略

[中图分类号] D926 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2009)06-0068-04

法官自由裁量权是法官裁判案件的法律权力,但是法官自由裁量权在案件审判中却可能没有明确的法律依据。在本质上,法官自由裁量权是伦理裁判权。

一 法官自由裁量权的伦理本质

法官自由裁量权是西方法学家在 19 世纪末 20 世纪初提出的一项重要理论,它被认为是司法公正的一种象征。英国法学家戴维·M·沃克把法官自由裁量权界定为:“酌情做出决定的权力,并且这种决定在当时情况下应是正义、公正、正确、公平和合理的。法律常常授予法官的权力或责任,使其在某种情况下可以行使自由裁量权。有时是根据情势所需,有时则仅仅是在规定的限度内行使这种权力”^[1]。我国学者陈兴良认为:“法官自由裁量权是指在法律没有规定或者规定有缺陷时,法官根据法律授予的职权,在有限范围内按照公正原则处理案件的权力。”^[2]

法官自由裁量权是司法裁判权,是法定的公权力。因此,法官自由裁量权不得僭越法律,不得违反权力法定原则。所谓“自由裁量”,只能在法律没有规定或者规定有缺陷时,或者对法律有不同的解释意义时,由裁判者根据情况,依据法律的精神,酌情做出决定。法官自由裁量权是一种司法权力制度。作为法律制度,它与整个法律制度具有制度上的价值一致性和逻辑同构性;作为权力,它与整个司法权力具有运用上的主观性和裁决性。在制度目的与法官主观追求之间必然存在着不一致,但是这种不一致是以法官自由裁量权制度为依托,以法官主观决断为本质的法律下的自由。

一般认为,法官自由裁量权制度存在的前提是法律没有规定或者规定有缺陷时,或者对法律有不同的解释意义时,需要由法官主观决断的情形。法官不得拒绝争议问题作

出裁判。而社会生活的复杂性、法律本身的局限性以及个别正义与普遍正义、形式正义和实体正义存在着对立统一的矛盾。解决这个难题的办法只有赋予法官自由裁量权,让法官进行自由选择或是根据自己的最佳判断进行裁决以解决争端,这是公平与正义事业在法律上的深刻发展。

然而,我们不得不承认,正是这种深刻的发展,昭示着人们尝试着将“非法律”领域和法律模糊领域的问题得以提升为标准的法律问题予以解决的努力。在法律模糊领域,我们赋予法官以公平、正义为最高价值指针,通过法官的法律解释技术,由法官自由选择或最佳判断裁决个案。在这里,法官已经是被要求在崇高的道德指示下进行个案决断了。在“非法律”领域,也就是现行成文法根本没有制度可循的情况下,人们需要对某些问题赋予法律意义的裁决,法官也必须在公平、正义理念的指导下,独立选择,自由决断。可见,法官自由裁量权在本质上是法官的道德决断权。法官自由裁量权问题可以看成是一个伦理问题。

二 法官自由裁量权的伦理困境

从现实生活角度看,司法活动不是道德无涉的领域。对于法官自由裁量权来说,权力的使用,就是进行道德判断和伦理选择的过程。一般认为,英美法系的法官享受较大的自由裁量权,法官甚至有“造法”的权力。而大陆法系的法官则曾经被要求严格执行法律(比如法国)。20 世纪初以来,两大法系出现了逐步融合的趋势。法律思想也互相借鉴,法律文明向着全球化方向迈进。那种认为法官的主要职能在于机械地适用制定法和先前判例的观念和制度,显然已经不符合时宜。甚至可以说,这种制度不仅是不公正的,而且是不可能真正实行的。在这样的历史条件下,法官自由裁量权

[收稿日期] 2009-11-05

[作者简介] 胡彬彬(1983-),湖南衡阳人,南华大学政治与公共管理学院硕士研究生。

^①南华大学政治与公共管理学院副教授。

逐渐获得了普遍的认同。不论是英美法系的法官, 还是大陆法系的法官, 都首先是普通人, 都生活在复杂的社会关系之中, 都背负着各自文化背景下的多元伦理道德。因此, 法官既是法律人, 也是社会人、道德人, 还是多元伦理道德的主体和体验者。作为“非法律”领域和法律模糊领域的问题的判断者、裁决者, 不可能不打上法官多元伦理道德的深刻印痕。当法官陷于几个道德命令的冲突之中时, 如果遵守其中一项道德命令, 就将可能或必然违犯另一项道德命令时, 法官的伦理困境就出现了。可以说, 法官的伦理困境是法官共同存在的法律伦理问题, 在法官自由裁量权领域尤其显得突出。

我国是个法制现代化后起的国家, 我们借鉴和吸取了世界法律文明的优秀成果, 对西方法律制度和法律思想作了大量的移植。近年来, 我们不仅在思想观念上接受了法官自由裁量权, 而且在立法和法律实践中也一定程度地发展了符合中国实际的法官自由裁量权制度。作为发展中的制度和观念, 法官自由裁量权存在突出的伦理困境。

(一) 事实认知的伦理困境

“以事实为根据, 以法律为准绳”是一项基本的法律原则, 司法自由裁量权的运用也必须尊重这项原则。没有可靠的法律事实的认知和判断, 道德价值判断就是盲目的, 道德规范的选择和适用就是迷乱的。因此, 不论道德判断还是法律判断都必须依赖事实的认知和判断。由于法律上的事实与客观事实的非同一性, 这就决定了法律上的事实并不是表述性事实, 而是基于证据规则的判断性事实和推理性事实。在不同的可供选择的事实信息之间, 法官究竟应当选择何种信息事实拟作为法律上的事实呢? 如果作为选择事实信息的规则越完善, 则法官基于道德伦理选择的空间就越小, 伦理困境的苦可能性就越少。反之, 如果选择事实信息的规则缺失或疏密不当, 则法官基于道德伦理选择的空间就越大, 伦理困境的苦就越深。这个问题的根源在于我国证据法律制度的不完善。我国至今还没有专门的证据法典。三大基本程序制度的证据法规则都比较原则, 虽然通过司法解释有所补充, 但仍然明显不足。没有或缺乏法律规则, 法官只有依靠他的“观念”和常识来判断事实。证据规则的缺失, 甚至混乱, 是造成法官事实性认知的伦理困境的直接原因。

(二) 规范选择的伦理困境

在这里, 所谓的规范选择, 是指法官就同一事实的裁决面临着多种性质的伦理规范冲突, 又需要由法官作出选择的情形。在司法实践中, 常见的伦理规范冲突表现为政治伦理规范、社会伦理规范、家庭伦理规范以及生命伦理规范等等与法官职业伦理规范的竞合与冲突。例如, 法官在行使自由裁量权时, 他秉持着法官职业伦理要求, 尽力作出符合法律精神或与法律精神接近的解释和选择, 但是, 现实的政治伦理则要求他服从政治的要求, 甚至服从某个政策目标或个别领导人的意志。这个困境的深层原因之一在于政治文化和法官法治信仰的伦理冲突, 而直接原因则在于政治体制与司法体制关系的某些抵牾。当法官选择政治伦理而舍弃法律职业伦理时, 他就会牺牲个案的公正, 而服从政治目标。而如果政治目标缺乏理性和正当性, 则无论法律伦理还是政治

伦理都是“非道德”的。再如, 法官职业伦理要求维护国家法制的统一, 坚持法律面前人人平等, 但是法官或法官机构则经常会为了所谓的特殊情形, 而对公民实行区别待遇。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 29 条规定: “死亡赔偿金按照受诉法院所在地一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准, 按二十年计算。但六十周岁以上的, 年龄每增加一岁减少一年; 七十五周岁以上的, 按五年计算。”这就是说, 最高法院对于死亡赔偿金实行了城镇居民与农村居民区别对待的原则。各地法院、不同的法官对于死亡赔偿金的处理实际上还是有差别。大多数法官直接采用了最高法院的原则, 也有少数法官则径行采用了无差别原则。贵州省自 2004 年 1 月 1 日开始实行城镇、农村人口均按统一执行的城镇“平均生活费”标准赔偿。这种情形体现了法官坚守法律职业伦理, 在政治伦理规范与生命伦理规范冲突时优先选择了生命伦理规范。

在中国现代化转型时期, 法官面临的伦理规范冲突是十分复杂的, 法官自由裁量权中规范选择的伦理困境是极其深刻的。

(三) 法官的伦理自主与审判组织的伦理困境

这是从审判组织的角度来考察法官自由裁量权中的伦理困境问题。我国法院的组织体系被人们称为准行政组织, 也就是说, 虽然《宪法》和《人民法院组织法》确立了审判独立的原则, 但是审判组织和审判机构是准行政化组织。这就决定了难免出现审判权与裁决权分离的情况。重大疑难案件, 往往就是自由裁量权集中的案件。根据我国现行法的有关规定以及司法实践的普遍做法, 越是重大的或疑难的案件, 越需要合议庭、庭长、主管副院长以及审判委员会的批准或决定。也就是说, 承办法官的审理权中所有的伦理自主实际上脱离了案件的最终裁决权。这样, 法官个人的伦理选择已经显得无关紧要。法官个人陷于类似囚徒困境的伦理困境之中^①。也就是说, 对于一宗案件而言, 反映法官个人最佳伦理选择的并非就是上级领导集体的最佳选择, 反之亦然。在制度意义上讲, 法官的伦理自主必然丧失, 法官自由裁量权难免沦为“集体领导”的肆意。审判独立的真正意义也就流失了。

(四) 法官伦理妥协的困境

在理想的状态下, 法官的伦理妥协是自主选择伦理规范, 平衡各方利益, 解决争端的一种途径。妥协体现了司法文明对多元价值的权威调整机制。任何情况下的法官伦理妥协, 必须以法官伦理自主为前提, 缺乏法官的伦理自主, 就意味着法官自由裁量权的变异和失真。

问题是, 从整个体制到具体制度, 从法官个人的自我决断到审判组织的行政化替代, 都不可能真正落实自主意义上的法官伦理妥协。也就是说, 法官伦理妥协看似法官个人作为裁判者的选择, 实际上并不真正反映法官个人伦理的自主决断。法官深陷体制性伦理困境之中。我们从千篇一律的判决书可以看出, 它没有个性风格, 没有法律发现的过程和法律论证的理路。我们很难看出法官个人的思想和智慧, 只

能看到近乎“野蛮”的命令。

法官伦理妥协的变异和失真不仅直接导致法官自由裁量权的变异和失真,而且使法官的法治信仰、独立与中立的法官职业品格、维护法制统一的法官使命失去伦理基础。

三 伦理自主:法官自由裁量权走出伦理困境之策略

法官的伦理自主是法官自由裁量权走出伦理困境的基本策略。建设法官自由裁量权的伦理自主策略指的是,可以走出伦理困境,实现法官自由裁量权制度目标的方案集合或可以采取的行动方针和方法。在这里,我们提出的法官自由裁量权的伦理自主建设策略就是如何设计法官自由裁量权的伦理机制,如何通过制度建设保障伦理机制对法官自由裁量权发挥积极的功能。

(一)法官的伦理自主是法官自由裁量权走出伦理困境的基本策略

法官的伦理自主,是指法官在裁决案件中有效地保持个人独立、自由地认定事实,适用法律和裁决争端的伦理责任的限度。几乎所有的法律人都能够接受一个基本的价值,这就是公平正义,法官当然不会例外。从应然意义上而言,所有的法官在审判个案时都以追求公平正义为价值指归。实现公平正义是人类社会永恒的价值追求,但是司法活动的正义有其特殊的内涵。罗克斯·庞德指出:“在伦理学上,我们可以把正义看成是一种个人美德或是对人类需要的一种合理公平的满足;在经济学和政治学上,我们可以把社会正义说成是一种与社会理想相符合,足以保证人们的利益与愿望的制度;在法学上,我们讲的执行正义或法律是指在有政治组织的社会中,通过这一社会的法院来调整人与人之间的关系及安排人们的行为。现代法哲学的著作家们也一直把它解释为人与人之间的理想关系。”^[3]也就是说,法官追求的公平正义不是普泛意义的,而是具体特定在“调整人与人之间的关系及安排人们的行为”的个案之中。审理裁决好每一件案子就是法官正义的最好体现。法官自主理解、选择的正义就是个案正义。

然而,法官也是在法官组织——法院中从事正义伦理判断的。假定法官的伦理自主与个案正义相符,而法官的组织 and 法官的上级却偏离个案正义,那么法官的伦理能否自主呢?这就取决于实行怎样的应对不道德的上级和不道德组织的具体策略了。

(二)建立法官自由裁量权伦理自主的具体策略

人们对如何建立和保持法官自由裁量权的伦理问题或具体策略有不少研究,但是人们忽略了伦理自主在法官自由裁量权中的根本意义。从法官自由裁量权的实质看,它实际上是一个伦理裁判权问题;从法官自由裁量权的权力体系和效果看,它又是一个法律问题。在宪政和法治的原则下,法官伦理自主就是法官的审判权独立和法律至上。因此,法官自由裁量权的核心问题是法官的伦理自主问题,围绕着法官的伦理自主问题,可以提出以下具体策略。

1. 加快法官职业化进程,奠定法官伦理自主的身份和人格基础。

法官为什么要职业化?这是由法官职业内在的本质要

求决定的。法官的中立性、独立性、技术性意味着必须要实行法官职业化。吕志梅教授指出:“法官对于法律理性由知识到实践的转化主要包括三个方面:(1)把条文的法律转化为生活的法律。(2)把抽象的法律转化为具体的法律。(3)把社会上各种各样的矛盾和冲突转化为一种技术和程序。”^[4]显然,如果没有法官的职业化、专业化是不可能实现法官的职能的。

法官职业化实际上就是对司法组织进行限定并培养出超组织的法官职业身份认同,以使法官能够以中立性、独立性、技术性的专业裁判者身份进行法律判断和伦理判断。在这样的情形下,法官的伦理自主才有可能。1995年7月1日《法官法》颁布实施,第一次建立了法官职业准入制度和法官等级制度。2002年最高人民法院发布了《关于加强法官队伍职业化建设的若干意见》,首次明确提出法官职业化建设的具体目标。这是加快中国法官职业化进程的重要标志。然而,由于诸多因素的影响,法官职业化建设的进程并不尽人意,也缺乏向纵深推进的条件和内在动力。应该说,法官职业化是建设法治国家的必由之路,但开拓这条通道需要系统地考量政治体制与司法体制的改革才能完成。没有系统的改革,法官职业化无法实现,法官的中立性、独立性无法实现,法官的伦理自主无法实现,法律至上与法治就没有基础。

2. 加快政治体制和司法体制改革,加快相关立法,从制度上建立机制以限制各种组织的权力和保护法官行使伦理自主的权力。

1999年《宪法修正案》将依法治国纳入宪法,确立了依法治国方略。2004年《宪法修正案》将“政治文明”写入宪法,确立了政治体制改革的文明发展的理念。2006年中共中央发布的《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》指出:“社会公平正义是社会和谐的基本条件,制度是社会公平正义的根本保证。”“完善法律制度,夯实社会和谐的法治基础。”“完善司法体制机制,加强社会和谐的司法保障。坚持司法为民、公正司法,推进司法体制和工作机制改革,建设公正、高效、权威的社会主义司法制度,发挥司法维护公平正义的职能作用。”我国政治体制和司法体制改革势所必然。同时,要加快立法,从制度上理顺政治权力与司法权力的关系;从组织上平衡各种组织权力与法官权力,保障法官权力的伦理判断和法律判断自主权;进而,需要完善具体法律制度,如司法法、证据法、程序法等等以设计科学合理的法官自由裁量权制度。

3. 加强法官自我意识的培养:公正的伦理观、法律信仰、独立与中立的职业品格、公共权力观念、守护正义的职责和义务。

通过法官职业化运动,培养和强化法官的身份认同,在法官职业身份、政治身份与社区身份之间因情作出理性选择。前院长肖扬说过“公正司法,对每一个法官而言,就像阳光对于每一个人那样,是生命的一部分”。公正的伦理观是法官伦理自主的首要因素;法官对法律信仰是法官自以为是的信念或者真理,它支配着法官的伦理自主;独立与中立的职业品格是法官伦理自主稳定而长效的基础;公共权力观

念对法官的伦理自主具有终极意义, 它决定了法官是否基于对司法权力公共性的理性认知而选择对公民予以最终的忠诚。同时, 在树立法官伦理自主, 建立法官自由裁量权时, 同样需要对法官的职责和义务观念予以培育。

法官自由裁量权是一种特殊的法律权力, 也是一种伦理裁判权力。法官伦理自主是一种法官内在的观念存在, 它外化为法官的司法行为。为免于法官陷于伦理困境和法律困境, 应当建立法官自由裁量权的科学合理的制度伦理机制和法律制度。

注释:

①囚徒困境 (prisoner's dilemma) 是博弈论的非零和博

弈中具代表性的例子, 反映个人最佳选择并非团体最佳选择。

[参考文献]

- [1] 戴维·M·沃克. 牛津法律大辞典 [Z]. 邓正来, 等译. 北京: 光明日报出版社, 1998: 261.
- [2] 陈兴良. 刑事司法研究 [M]. 北京: 中国方正出版社, 2000: 443.
- [3] 罗克斯·庞德. 通过法律的社会控制——法律的任务 [M]. 北京: 商务印书馆, 1994: 76.
- [4] 吕忠梅. 法官职业化的理想与现实 [J]. 法律适用, 2002 (11): 10-11.

The Ethical Dilemmas and Ethical Autonomy of Judicial Discretion

HU Bin-bin, PENG Jian-jun

(University of South China, Hengyang 421001, China)

Abstract The judicial discretion is a judicial power, but in essence it is a kind of moral jurisdiction. Under the particular political system and legal system, the judge faces ethical dilemmas such as the fact of cognitive normative choice, the organization's ethical autonomy of the loss, etc. Ethical autonomy for judges should be established as the basic strategy of the judicial discretion to design the scientific and rational system of ethics mechanism.

Key words the judicial discretion; ethical dilemmas; ethical autonomy; strategy